IESVS, MARIA, IOSEPH.

IN PROCESSV IOANNIS LOPEZ. SVPER IVRISFIRMA.

POR IVAN LOPEZ.

DVBIVM PRIMVM.

CVM viduitas quam Marianæ Amigo, in bonis Magnifici Doctoris Gasparis Lupercij Taraçona Regij Consiliarij eius viri competit, sit limitata, & non vniuersalis, videtur donationē propter nuptias, seu augmentum dotis, ea nondum finita exigire posse.

RESPVESTA.

Constituye la duda diferencia en la viudedad vniuersal, que in omnibus bonis se constituye, y en la que in quantitate se promete, porque en aquella durante viduitate no se puede sacar el aumento, y en este si; porq̃ aquella es dominio, y esta credito, *Sesse decis.* 192. *tom.* 3. Y tunc videretur à se ipso exigere, quod iura non permittunt, *l. plane, §. si duobus, ff. legat.* 1.

Y aun en la que es credito,dize *Suelues in cent. conſ. 28. num.*20. que en tanto que ſe goza,no ſe puede ſacar el aumento,ò eſcrex;porque aunque en el caſo que en dicho conſejo refiere,era in quantitate, y auia pacto, que ea durante no ſe pudiera ſacar la firma, dize, que el que no ſe ſaque durante viduitate, es coforme a Fuero, ibi: *Accedat prædictis, quod in pactis dotalibus, de quibus loquimur, pactum ſpeciale adeſt, quod ſi Domna Beatriz, velit viduitate vti, interim dotis augmentum petere nequeat, eſtque Foris conforme. Molin. verb. Viduitas, ver. Viduitatem dum tenet vxor, fol.*331. *col.* 3. *& ver. Diuiſio, tit. De las ventajas que deue ſacar, ver. E deue ſacar la muger. Portol. verb. Viduitas, num.*36.

Pondereſe la palabra, *eſtque Foris conforme*: y aunque en el caſo preſente,la viudedad ſea cierta in quantitate, por ſer en cada vn año por la Capitulacion matrimonial en 330. lib. pero parece que es in omnibus bonis,pues el pacto dize aſsi: *Y en caſo que el dicho ſeñor Doctor Don Gaſpar Lupercio Taraçona murieſſe, ſobreuiuiendole la dicha ſeñora Doña Mariana Amigo, ſu merced aya de tener, y tenga viudedad en todos los bienes del dicho ſeñor D. Gaſpar Lupercio Taraçona, haſta en la ſuma, y cãtidad de 330. lib. de moneda Iaqueſa.* Y las palabras, *en todos los bienes*, lo aſſeguran, pues aquellos no eſtan alli, para que eſten afectos a la dicha obligacion, pues ya por la Capitulacion matrimonial eſtan eſpecialmente obligados para dicho efecto, alias dichas palabras ſerian ſuperfluas, y ſin efecto: pero aunque lo dicho no procedieſſe aſsi, no parece eſtamos en caſo, que dicho aumento ſe puede ſacar, ni ſe deue, como ſe verà en la ſatisfacion del dubio ſiguiente.

DVBIVM SECVNDVM.

NEc dictis obesse videtur, non constare bona dotalia per dictam Marianam adductam fuisse æstimata, provt iuxta thenorem pactorum nuptialium erant æstimanda, & sic non peruenisse casum recipiendi dictum augmentum, cum solum illud debeatur pro rata dotis promissæ, solutæ, quia iam de dicta æstimatione sufficienter videtur constare, per confessionem ab eius viro in suo testamento factam, cum in eo ad solutionẽ integræ donationis propter nuptias, æqualia bona de quibus, adueniente casu restitutionis, soluerentur, dictus testator assignauerit, provt ex thenore clausulæ in subdeclaratione transcriptæ, resultare videtur.

RESPVESTA.

Para inteligencia de la presente duda, y de las demas, se ha de suponer, que como resulta de la Capitulacion matrimonial, Doña Eugenia Perez Manrique, por su Testamento, y Codicilo grauô a Don Lucas Amigo su hijo, y heredero, y hermano de dicha señora Doña Mariana, à que la dotasse siempre que cõtrajera matrimonio con voluntad de sus Executores en la cantidad de dos mil libras Iaquesas, en cumplimiento de lo qual dize: *Le dà, y manda, y donacion propter nuptias le haze a la dicha su hermana para luego de presente de dos mil libras de moneda Iaquesa, a saber es, vna Torre, y Huerta &c. Y esto por el precio, y cantidad que se tassara por dos peritos, vno puesto por parte del dicho Doctor D. Gaspar Lupercio Taraçona, y otro por parte del dicho señor Don Lucas Amigo, al qual le aya de quedar, como por la presente le queda reseruado drecho, y facultad de poder recuperar, y cobrar de los dichos futuros conyuges, ò de qualquiera de por si, la Torre, y Huer*

ta por el mismo precio que se tassare, pagando antes de aquel las mejoras que en ella se huuieren hecho, y esto dentro tiempo de seis años continuos, que começaràn a correr del dia de oy en adelante. Y para en caso que dicha Torre, y Huerta no valiere conforme a la dicha tassacion la dicha cantidad de las dichas 2000. lib. Iaquesas, el dicho señor Don Lucas Amigo, promete, y se obliga de pagar, y que pagarà a la dicha su hermana la cantidad que faltare dentro tiempo de dichos seis años; y si la Torre, y Huerta se tassare en mas cantiaad de dichas 2000. lib. Iaquesas, le haze donacion de lo que valiere mas, en caso que no la recuperare en dichos seis años.

Fue precisso en Don Lucas dotar a su hermana en la cantidad de 2000. lib. para cuya satisfacion, y paga le mandò la Huerta, y Torre, y pactò se apreciasse y tassasse por dos personas, para que sabida su estimacion, y precio, se recibiera en pago de las 2000. lib. ò la cantidad que faltara del precio, y estimacion que aquella valia menos, se satisfaciera de contado, segun lo pactado, con la qual quedara satisfecha. Con que se haze este dilema; O là Torre se estimô, ô no. Si se estimô, estamos en caso, que Domna Mariana adduxit prædium æstimatum, y assi dominium illius fuit adquisitum marito, quia æstimatio prædij emptionem facere videtur. *Castillo de vsufructu, lib.1.cap.4.num.23. Fontanel. de pact. nupt. claus. 5. glos. 8. p. 32. per totum,*

Y en este caso, si la estimacion, y precio de la Torre, y Huerta, que se supone se hizo, llegô a montar, y valer las dichas dos mil librás Iaquesas, quedò obligado el dicho señor Dotor Taraçona a la restitucion de dicha cãtidad, y no de la dicha Torre, *Fontanel. vbi supra num.* 10. ibi: *In restitutione pretium tantum, & non bona restituenda sunt. l. quoties, C. de rei vxo. act.* de tal manera.

ra, que su muger no podia ser apremiada a recibirla a quien solo se deuia pagar la cantidad de dichas dos mil libras en que fue tassada, y estimada; *Fontanel. vbi supra nu.*14.ibi: *Quod ex quo maritus efficitur dominus, rei in dotem data æstimatæ, & propterea solum pecunia est in obligatione, ideo mulieri non competit, actio ad rem illam, sed imò ad pecuniam, in casu restitutionis dotis*; porque per æstimationem illius, como dize *Castillo vbi supra*, el verdadero dominio, y libre facultad de disponer de dicha Torre, passò en aquel, con que quemadmodum si la huuiera comprado, la podia agenar, y vender, ita recibiendola estimada la puede vender, y agenar, *Fontanel. vbi sup. n.*11. el qual dize con *Surd. decis. 99. num.* 9. ibi: *Quod in isto casu bona censentur vendita marito ab vxore, & fingitur statim vxorem pecuniam receptam, numerasse marito in causam dotis, hoc modo duos faciendo contractus, vnum ocultum, & alterum manifestum, & seu vnum ocultandum, & alio exprimendo; ocultatur enim contractus emptionis, & exprimitur contractus dotis, & celeri manu transit, de vno in alterum.*

En cuyo caso la contrayente no podia ser apremiada a recibirla, pues no se pactò, que en el caso de restitucion la huuiesse de recibir, *Fontanela vbi supra, num.*31. *& seq. Surd. cons.*236. *num.*25. *Menoch. de præsumpt. præs.*74. *num.*19. *lib.*3. *Mastril. decis.*149. *num.*9. ni tampoco tenia accion para apremiar a su marido, y mucho menos a terceros posseedores, a que se le restituyeran, *Fontanel. vbi supra num.* 14. donde refiere auerse juzgado assi en Barcelona, ibi: *Denegauit hæredibus vxoris mortuæ actionem recuperandi certas res æstimatas, datas in solutione mille, & quingentum librarum in dotem constitutarum summendo pro motiuo, quod per æstimationem prædictam fuerat dominium in maritum*

translatum, & solum data actio ad recuperandum pecuniam, non dictas res æstimatas à tertio possessore, cui maritus vendiderat. Porque en este caso, respecto de dicha torre, pasara el dominio de aquella en el marido, y nõ fuerat dictus Dominus Taraçona administrator illius, sed Dominus, que aliàs sino se huuiera recibido estimada, solo fuera administrator, y no Dominus, segun la *Obseru. 1. tit. rerum amor.*

Desto resulta, que la dicha Torre, y Huerta, se auia de auer estimado, para que se pudiera dezir, se recibiô la dicha dote; porque como podia su estimacion, y precio, en que se auia de tasar, y valuar, llegar a las dichas dos mil libras, podia tambien dexar de valer aquellas; y asi pendia esto de aquel futuro hecho, pues se auia de estimar: Y no auiendo llegado este caso, no se puede dezir huvo cantidad cierta, ni determinada en la estimacion de la Torre, pues no se hizo; porque de la manera que emptio non consistit, sine certi, & determinati prætij constitutione. *§. prætium, instit. de empt. & vend.* tampoco consistit constitutio dotis in prædio æstimando, si æstimatores non æstimauerint, & diffiniuerint prætium, *Fontanel. vbi supra, num. 57. l. fin. C. de contrah. empt.* vbi expressim habetur, quod si æstimatores decedant ante æstimatum prætium, vel aliàs illud non diffiniant corruit venditio, & euanescit, nec potest alius in eorum locum æstimare. Luego respecto de dicha Torre, y Huerta, no huuo constitucion de dote.

Y en tanto que no conste de dicha estimacion, y valuacion, no se puede dezir, que dicho señor Taraçona recibiò las dos mil libras que se le prometieron, ni candad dellas; y asi estamos en el caso que no se le deve pagar el augmento; porque este es sequela del dote, cum dotis firma siue augmentum æquiparetur ipsi doti, *Sesse decis. 52. num. 17.* & habet eius naturam, *Casa-*

na-

nate consil. 54. *numer.* 36. Y no auiendose traido, ni pagado este, como aquel no se deue restituir, por no auerse recibido, tampoco su aumento se puede pedir, *Sesse decis.* 241. *numer.* 13. Y para que se deuiera, era necessario que constara por apoca auerse recibido las dichas dos mil libras, *Sesse decis.*86. *num.*7. ibi: *Ex his omnibus sequitur, quod cum non datur appoca de recepta dote, non debebitur augmentum dotis, quod habet respectum ad dotem receptam*; ò saltim auia de constar auer recibido en pago, y a cuenta de aquellas la cantidad de la estimacion, y precio, en que la Torre, y Huerta se auia estimado, y apreciado, para que en este caso se debiera el aumento correspondiente a la cantidad que constara se aprecio, y estimò, cum augmentum solum debeatur prorrata dotis solute, *Casanate cons.* 54. *num.* 53. ibi: *Augmentum dotis, quod vulgo dicimus firmam dotis, siue excrex, non deberi, nisi tantummodo prorata dotis solutæ, Ripol var. de dotis recup.cap.*10.*à num.*115.

Y sin verificar primero, precediò la estimacion, y valuacion de aquella, no se puede legitimar la obligacion del aumento de las dos mil libras, porque como Don Lucas tenia obligacion por el Testamento, y Codicilo de su madre de dotar a su hermana en dinero en la cantidad de 2000. lib. y in promptu no las tenia, eligio el medio, como dize *Fontanela vbi supra num.*1. de dar la dicha Torre, y Huerta en pago, y solucion de aquella, en lo que se estimasse por dos personas, y pagar en dinero a dicho señor Taraçona lo que faltara, y menos valiesse en el valor y estimaciō a dicha cantidad, cō que aquel venia a conseguir integre las dichas 2000. lib. de dote, y creyendo, y entendiendo serian efectiuas, y se le pagarian como estaua pactado, firmò las dichas 2000. lib. por aumento, y escrex: luego en tanto que no se verifique la dicha tassacion,

cion, no aurâ obligacion de pagar dicho aumento ; pues como no la ay de pagarlo quando no ſe paga, ni recibe la cantidad de la dote que ſe prometio, tampoco la ay quando no ſe eſtimò la coſa que ſe deſtinô ſe eſtimara, cuya eſtimacion tiene efecto, no ſolo de numeracion, y paga, pero de vendicion verdadera, pues periculum eſt viri tanquam illius tacitum emptorem, & ad ipſum expectat periculum deteriorationis,& per emptionis, *Fontanela vbi ſupra num.* 10.

Y de no verificar la dicha taſſacion,ſe ſeguiria vn grãde perjuizio,y daño,que ſi la Torre no valia las 2000.lib. como ſe me ha dicho,no los vale,ni aun 600.ſe vendrian a cobrar 2000.lib.de aumento,no deuiendoſe cobrar ſino prorata dotis receptæ, y aſsi la cantidad que correſpondieſſe a lo recibido, alias vxor locuplectaretur cum aliena iactura,*Fontan.vbi ſupra num.*46. Y ſi ſe huuiera hecho la taſſacion,y reſultara della, que ſolo valia dichas 600.lib.Don Lucas ex vi pacti, pues prometio pagar todo lo que menos valieſſe de las dos mil libras, auia de auer pagado a dicho ſeñor Taraçona 1400.lib.que era la reſta de dicho dote, y eſtimacion que faltaua al valor que deuia tener la Torre. Y por el conſiguiente,por eſtas conſideraciones,no ſe puede cobrar dicho aumento, no ſolo por entero,pero ni prorata.

La razon es,porque a dicho ſeñor Taraçona, no ſe le entregaron las dichas 2000. lib. que ſe le prometieron, cuya cantidad erat in obligatione dotis, y la Torre, non erat in obligatione dotis, ſed in ſolutione, *l. ſi quis ſtipulatus ſit decem in mille, ff. de ſolut.* y no ſe dio, ni entregò præuia æſtimatione ad certum prætium facta, que era lo que ſe pactò, ni tampoco abſolutè, eſto es, ineſtimada, pues ſe pactô ſe auia de eſtimar, y valuar : con que reſulta, que por no auerſe eſtimado aquella, ni auerſe mandado ineſtimada,

pues nunca fuit in obligatione dotis, sed in solutione, no huuo constitucion, ni obligacion de dote respecto della; y assi, ni con estimacion tacita, ni expressa, huuo constitucion de dote, ni recepcion de aquella, en todo, ni en parte; no tacita, porque la ley no la pudo inducir, auiendo pacto expresso que se tassara; no expressa, neque ab homine, porque no se tassò, *Fontan. vbi supra nu.2.* luego dicho aumento no se deue.

Reconociendo los fundamentos referidos, quiere la duda, que V.S. ha sido seruido dar, librarse dellos, con dezir, que ya consta de la estimacion de la Torre, pues por confession del señor Taraçona, hecha en su Testamento, resulta della, por auer dexado para la paga, y solucion de dicho aumento dos mil libras de la Comanda que le deuia Iuan Lopez, y assi æqualia bona, y por el consiguiente, que se estimò; porque si no valiera las dichas dos mil libras, no dexara aquellas para el pago de dicho aumento. Y assi suponiendo la dicha estimacion ex coniecturata voluntate testatoris, dize, ibi: *Quia iam de dicta æstimatione sufficienter videtur constare, per confessionem ab eius viro, in suo testamento factam, cum in eo ad solutionẽ integræ donationis, propter nuptias, æqualia bona de quibus adveniente casu restitutionis soluerentur, dictus testator assignauerit.*

Las mismas palabras, y reparo que se ha hecho, asseguran no se hizo la estimacion, y aprecio de la Torre que se deuia hazer, segun lo pactado; pues por el Testamento de dicho señor Doctor Taraçona, no resulta la confession que se dize en el dubio, y se supone, pues la tassacion se auia de hazer por dos personas, vna por parte de Don Lucas, y otra por parte del dicho señor Taraçona; y desto no consta, ni puede constar, por no auerse hecho: y de la manera que si constara se auia tassado la Torre por parte de Don Lucas, sin concurrir en

dicha estimacion persona por parte del señor Taraçona, no se auia de hazer equiualencia della, porque no se hizo segun lo pactado: menos se aurà de auer razon de la tassacion que el dubio conjectura, pues no consta de aquella en manera alguna, ni se puede presumir de la assignacion de las 2000. lib. que hizo para la paga de dicho aumento.

Porque aunque es verdad, que por dicho Testamento destinò dicha cantidad, se ha de entender, fue para en caso que se pudiera exigir, y cobrar por entero, ò en parte dicho aumento, y el huuiera cobrado, y se le huuieran pagado las 2000. lib. de dote, ò parte de aquellas; y aunque quando aplicò para la paga de aquel la Comanda de las dichas 2000. lib. sabia no estaua estimada la Torre, ni valia aquella cantidad; y por el consiguiente se diga, y supponga, se conformô en aquella estimaciō, y valor, y se dio por satisfecho, y pagado de dichas 2000. lib. pues dexô 2000. lib. para la paga del aumento, que no tenia que dexarlas, sino quisiera se pagara por entero, pues tunc la Torre no estaua estimada, ni aun se le auia pagado las 2000. lib. de dote. Se dize, que la dicha suposicion que se haze, no se puede dezir es disposicion, cum aliud sit disponere, aliud supponere, *l. ex facto de hæred. inst. Rota decis.* 346. pues el auerlo dispuesto en la forma dicha, no fue para que se pagara sin auer precedido la dicha estimacion, y paga efectiua de dicho dote; sino que como considerô, que aunque la Torre tunc temporis no estaua estimada, ni la dote pagada, se podia en adelante estimar y pagar; y considerando estos casos, aplicô la dicha Comanda de las dichas 2000. lib. para la paga de dicho aumento, ibi: *Y tambien aplico para la paga de las* 2000. *lib. Iaquesas de aumento de dote, otras tantas* 2000. *lib. de vna carta de encomienda &c.*

Y desta aplicacion no se ha de conjecturar, que dicho se-

señor Taraçona se dio por satisfecho de auer recibido las dichas 2000.lib. de dote, para efecto que por entero se le pagara a la dicha su muger el aumento de su dote, que era otras 2000.lib.quando no las recibiò aquel: y caso que quisiera vsar desta liberalidad, la huuiera explicado, como la explicò en la que vsò aumentando la viudedad en cada vn año en 35.lib.mas de lo pactado.

DVBIVM TERTIVM.

Nec verba dictæ clausulæ, ibi: Quiero, y es mi voluntad, que las 2000.lib.de dicha Comanda, siruan para dicho efecto, y no para otro alguno, llegado el caso de auerlas de recibir, y cobrar la dicha Doña Mariana Amigo mi muger, *antecedentia euertere videntur, quia si viduitate limitata durante, locus est donationis propter nuptias recuperationi, illa verba:* llegado el caso de auerlas de recibir, *in hunc sensum accipienda videntur, idest semper, & quando dicta Mariana vtendo facultate forali, dictam donationem exigere vellit, quæ omnia magis in præsenti casu procedere videntur, cum controuersia sit super intelligentia dispositionis cuiusdam viri, tamdiu in Iurisprudentia, negocijsque forensibus versati, Regiæq; Audientiæ peritissimi Consiliarij.*

RESPVESTA.

La materia desta duda califica lo que se ha respondido en la antecedente, pues las palabras, *llegado el caso de auerlas de recibir y cobrar la dicha Doña Mariana Amigo mi muger*, asseguran lo dicho: porque aunque es verdad, pudo solutò matrimonio, segun la idea del dubio, pedir siempre que le pareciesse el aumento, por ser la viudedad limitada: esto no influye, en que pueda exigir todas las 2000.lib.que se firmaron, ni parte, ni porcion de

aque-

2

aquellas,ſino ſe recibio la dote,ò alguna porcion de aquella,ſino aquella parte, ô porcion que prorata dotis receptæ correſpondiere a la dote que ſe huuiere recibido, *Guid.Pap.deciſ.274.& deciſ.340.& 563.Gama deciſ. 373.Sanchez de matrim.lib.6.diſp.37.Molin.de iuſt.& iure,tract.2.de cont.diſp.431. Ioann. Griuel. deciſ. 41. num. 46. Ioann. Bapt.Coſta de port.rat. quæſt. 88. & quæſt.111.Valaſ.conſ.3.Molin.de rit.nupt.lib.3.q.1. nu. 213.Fontanel.de pact.nupt. clauſ.7. gloſ.1.p.* 2. aſsi por auerſe eſtimado dicha Torre,como por auerſe a aquel pagado dicha dote,ô parte de aquella; y caſo que no ſe huuieren recibido las dichas 2000.lib. de dote, ni parte, ni porcion de aquellas,no podrà exigir la cantidad de dicho aumento,ni parte,ni porcion de aquel,*l.pollicitatione,ff. de donat.ante nupt.* Y la razon es,como dize dicho texto,ibi: *Quia maritum in dote fefellit,Auth.Sed quæ,C. de pactis conuent. quæ habet vxorem, quæ nihil ex dote conſcripta præſtitit nihil viro mortuo percipere debere ex donatione, & quæ minus quam promiſsit dedit pro quantitate præſtita, lucrum debere ſentire dumtaxat.* Con que aquellas palabras,*llegado el caſo*,ſe han de entender,no de que viduitas ſit conſtituta in quantitate,ſino de que dos promiſſa, ſit ſoluta, y conſte por apoca de ſu recibo,para que con eſſo ſe pueda dezir ha llegado el caſo de recibir, y cobrar el aumento; porque ſi no conſta de recibo de dote, aunque ſit ſolutum matrimonium, y viduitas ſit limitata, y no vniuerſalis in omnibus bonis, no ſe podrà el aumento exigir,y cobrar; con que las palabras,*llegado el caſo de auerlas de recibir, y cobrar la dicha Doña Mariana Amigo mi muger*,ſe han de entender, llegado el caſo que las dos mil libras que ſe prometieron a la dicha Doña Mariana Amigo mi muger conſte que ſe han pagado, y recibido, ô que la Torre ſe ha taſſado,y eſtimado,como ſe pactô en la Capitulacion

ma-

matrimonial ; porque de otra ſuerte no puede vſar de la facultad foral que el dubio ſupone, ſino que conſte ſe hà pagado dicha dote: y aſsi aquellas palabras, *ideſt ſemper, & quando dicta Mariana vtendo facultate forali, dictam donationem exigere vellit*, ſe han de entender ſuppoſita ſolutione, & receptione dotis.

Y ſi no ſe ſeguiria, que ſolo porque en la Capitulacion matrimonial firme el marido alguna cantidad por aumento, ſe podrà exigir, y cobrar por la muger, ò ſus auientes drecho, aunque no ſe aya pagado la dote, ni conſte de ſu recibo, lo que no ſeria razon, vt conſtat ex latè traditis à *Fontan. de pact. nupt. clauſ. 7. gloſ. 1. p. 2. D. Franc. Leon deciſ. 17. lib. 1.* Y en Aragon eſtà eſto recibido en todos los Tribunales, con que las palabras, *llegado el caſo de auerlas de recibir, y cobrar*, ſe han de entender precisamente llegado el caſo que el matrimonio eſtuuiere diſſuelto, y conſte de la ſolucion y recepcion de la dote, y la viudedad no impida ea durante el exigirſe, y cobrarſe: porque eo ipſo que la duda reconoce, que por ſer las ſobrediches palabras, *llegado el caſo de auerlas de recibir, y cobrar la dicha Doña Mariana Amigo mi muger*, dichas, y proferidas por perſona letrada, experta, y platica en Fuero y drecho, y verſada en negocios forenſes deſte Reyno, por ſer peritiſsimo Conſejero de la Real Audiencia, ibi: *Cum controuerſia ſit, ſuper intelligentia diſpoſitionis cuiuſdam viri, tamdiu in Iuriſprudentia, negocijſque forenſibus verſati, Regiæque Audientiæ peritiſsimi Conſiliarij*. Eſſo miſmo aſſegura deuerſe entender de la forma dicha; porque ſi el drecho diſpone, que ſi no ſe paga la dote, no ſe exija, ni cobre el aumento, *vt in Auth. de qualit. dotis, §. hoc igitur*. Y los Tribunales deſte Reyno, lo tienen aſsi declarado, aſſegura eſto miſmo, que aquel ſe quiſo conformar con la diſpoſicion de drecho, y lo que en eſte Reyno ſe eſtila, y platica, quia

verba in sensu iuridico accipi debent, *cap. cum dilectus de consuetud. Vaz. in priu. iur. lit. V. num. 20. Girond. de explicat. priuil. à num.* 175. & iuxta subiectam materiam sunt intelligenda, *l. si vno, ff. de locati. Valenz. cõs.* 14. *num.* 37. vnde *Manti. de coniect. vltim. volunt. tit.* 6. *lib.* 6. *num.* 5. ibi: *Nec est verosimile, quod testator præsertim iuris peritus voluerit contra legum præcepta disponere, Paris. in cons.* 92. *num.* 24. *& cons.* 74. *nu.* 79. *vol.* 3. *Et ideo talis præsumitur voluntas deficientis, qualis esse debet. Bald. in l.* 1. *C. in l. lect. num.* 5. *de Sacrosanct. Eccles. And. Barb. in rub. C. qui admitti, n.* 56. y si lo contrario quisiera, lo huuiera dicho, y declarado verbis expressis.

Y que la voluntad del señor Taraçona fue la dicha, resulta de lo ponderado: y tambien, de que al tiempo, y quando ordenaua su Testamento, viendo el Notario que le testificaua, ò otras personas, que a la dicha su muger auia mejorado a sus persuasiones en la viudedad, aumentandosela en 35. lib. de anua renta en cada vn año, le aduirtieron, que la dicha su muger, y deudos creian, que sin embargo de que gozasse la dicha viudedad, auia de poder sacar el aumento desde luego, y valerse de la Comanda; y el dicho señor Taraçona se enojò, y dixo, que esso no auia de ser, ni lo auian de pensar, ni dudar en tanto que gozasse la viudedad. Y assi consta de voluntad expressa, de que durante la viudedad no gozasse el aumento: y assi las palabras, *llegado el caso de auerlas de recibir, y cobrar*, comprehenden tãbien ex intentione, & voluntate testatoris, el caso de q̃ la viudedad aya fenecido, cũ verba accipi debeant secundum intentionem, & mentem proferentis, *l. non omnis, ff. si certum petatur, l. non aliter 69. ff. legat. 3. Tiraquel. in l. si vnquam, verb. Liberis, num.* 40. *C. de reuocand. donat. Gonzal. ad Reg.* 8. *can. glo.* 48. *num.* 55.

Y aun-

Y aunque alias por la Capitulaciou matrimonial, por ser la viudedad in quantitate, pudiera exigir, y cobrar eã durante el aumento, dum tamen dos esset soluta, y como por auer admitido el legado del aumento de dicha viudedad, y cobradole; aya aprobado el testamento nunc durante viduitate, no se puede valer de la accion primera de la Capitulacion, para cobrar aquel de la Comanda, porque en caso que agat ex Testamento, ha de ser segun la voluntad del dicho señor Taraçona, y segun esta, viduitate durante no lo puede cobrar; y aunque agat ex capitulatione matrimoniali â solas, ô simul con el Testamento, ha de verificar primero el recibo de dicha dote, porque faltando su entrega y paga, como vere & realiter falta, no se deue dicho aumento, ni parte, ni porcion de aquel; con que aunque estuuiessemos en caso, que viduitas esset finita, & extincta, no se podia valer de la dicha Comanda, sino probada solutione dotis.

DVBIVM QVARTVM.

Vltra, quod cum declaratio à Mariana prætensa solum intendat, viam aperire; vt in Regia Audientia disputetur, an prædictum depositum, seu Comanda, non obstante, quod in posse firmantis reperiatur, sit vere soluta, aut non. Videtur ea omnia, quæ contra dictam declarationem oponuntur cognitioni Regiæ Audientiæ fore remitenda, vt inter partes super extractione dicti instrumenti; plenaria de illis omnibus ibi disputetur.

RESPVESTA.

Por el constito vltimo de la subdeclaracion, que por el firmante se ha dado, resulta que dicha Comanda está pagada, y que della el firmante no deue cantidad alguna, y por tenerla satisfecha, y pagada, ha estado, y es-

y eſtâ mediante la preſente firma in poſſe ipſius ciſſa, y cortada, y eſto aſſegura eſtar pagada, *Obſeru.item nota. & obſ. de conſuetudine Regni de fide inſtr. Molin. verb.inſtrumentum debiti.* Con que es ſuperfluo el diſputar ſi eſt vere ſoluta, aut non, pues por lo dicho conſta de ſolutione: Y mas quando a la parte que pide la dicha declaracion, no ſe le quita el drecho, y accion (ſi acaſo prueba la entrega, y numeracion del dote) de poder exigir el augmento de los herederos del dicho ſeñor Taraçona.

Y eſtando ciſſa, y cortada, que el Fuero le ha por ſatisfecha, y pagada, no parece es parte legitima Doña Mariana Amigo,aſsi por lo dicho, como porq̃ viduitate durante,caſo que el ſeñor Taraçona huuiera recibido las 2000. lib. del dote, no puede exigir dicho augmento. Y quando pudiera,ſe auia de legitimar primero,probando recibiò dicho ſeñor Taraçona el dote; porque no conſtando de recepcion de aquel, no ay obligacion de pagarlo de la Comanda,ni de otros bienes,y por el conſiguiente no auiendo obligacion, no le puede reſultar accion para inſtar la extraccion de dicha Comanda, ni tratar an vere ſit ſoluta,aut non.

Y el remitir,como dize la duda, a la Real Audiencia el conocimiento de ſi eſta Comanda eſtà pagada, ò no,teniendo el firmante la preſumpcion por ſi de eſtar pagada (por auer exhibido ſu inſtrumento ciſſo, y cortado) no parece procede, y que ſolo eſto es atenta obtentione præſentis firmæ del conocimiento de V. S. pues por la obtencion de la firma,tiene evocado para ſi todo ſu conocimiento, *Seſſe de inhibit. cap.*1.§.2.*nn.*92. & *cap.*2. §. 4. *num.* 34. Y como eſta firma eatenus dure quatenus, el inhibido pruebe no eſtà pagada la Comanda,como dize *Seſſe de inhibit.cap.*5. §.8. *num.*84. & 85. ibi: *Cum inſtrumento ciſſo, iurisfirmam, ſeu inhibitionem*

con-

concedendam fore. & *hac inhibitio debet durare, donec inhibitus probet, non fuisse solutum debitum.* Parece es precisso dezir, que el conocimiento de si està pagada,ù no,es peculiar de V.S. y no de la Real Audiencia; pues esta parte tiene por si la presumpcion de drecho, que la Comanda està pagada, por averla exhibido cissa, y cortada, con la qual le ha concedido V.S. la presente inhibicion.

Y quando dicho conocimiento pudiesse ser de la Real Audiencia, auia de ser, quedando suis pedibus la inhibicion; porque como dize *Sesse*, la inhibicion ha de durar,hasta que el inhibido pruebe no se pagò la Comanda; y assi es precisso se diga, que para conocer, y interponer este juizio, no se necessita de que extrahatur instrumentum,sino que sin que se saque, se puede conocer si està pagada, ò no; y estando pagada, seria inutil la extraccion que se hiziesse para disputar si està pagada, ù vno; à mas,que causaria daño irreparable su extraccion,por la priuilegiada execucion que aquella tendria, pues necessitarian al firmante de pagarla segunda vez,por librarse de la pena tedial que se podria executar contra su persona, y despues auia de tratar de repetir dicha cantidad; à mas, que aliter no quedaria verificada la doctrina de *Sesse.* Y si despues se conociesse està pagada,auria sido la extracion frustranea,y de efecto de vexar al firmante en su persona,y bienes. Ex quibus no procede la declaracion que se pide.Salua censura,&c.

Antonio Ioseph de Segura, y Mandiolaza.

[illegible] y de la peticion
[illegible]

y quando [illegible] de la [illegible] sola [illegible] [illegible] la [illegible] de [illegible] [illegible] cuenta su peticion, y despues [illegible] esta cantidad [illegible] [illegible] de la declaracion [illegible]

Antonio [illegible] de Segovia
y [illegible]